



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES 864/2021;
PROCEDIMIENTO DD.FF. 864/2021-

AUTO

EN ZARAGOZA, A 12 DE ENERO DE 2022

ILMOS. SEÑORES
PRESIDENTE: DON JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR
MAGISTRADOS
DON JAVIER ALBAR GARCÍA
DON JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO

HECHOS

PRIMERO.-Con fecha 17 de diciembre de 2021 se dictó auto por el que se acordó en los términos que se expresó su Parte Dispositiva, a la que nos remitimos, por su extensión.

SEGUNDO.- Notificada la referida resolución, con fecha 20 de diciembre de 2021, la Letrada del Gobierno de Aragón, interpuso recurso de reposición contra la misma, dándose el correspondiente traslado las demás partes, habiéndose evacuado en los términos que obran en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sostiene la Letrada del Gobierno de Aragón que concurre en el presente supuesto los requisitos exigidos para que el triple juicio de proporcionalidad sea positivo. Entiende que, comenzando por el final en el que se incluye una explicación adicional de los datos que conforman la situación epidemiológica, que la medida en



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



cuestión es idónea y necesaria, pues la Administración no ha hallado ninguna medida de menor o nulo impacto para los derechos fundamentales. Analiza las posibles alternativas que la Administración ha considerado que se sugerían como posibles en el auto cuya reposición se pretende, para descartar su efectividad por falta de constancia acerca de la misma, a lo que añade que la exigencia del certificado COVID ha sido visto por los sectores afectados como un mal menor. Añade que si bien las restricciones de aforos y reducción de horarios de apertura, no afectan a derechos fundamentales, se han descartado por su coste económico y las restricciones que suponen en la vida habitual de los ciudadanos. Como quiera que no siempre es posible en la práctica de determinadas actividades (deportivas) o lúdicas (cines, teatros...) el mantenimiento de la mascarilla, por la necesidad de ingerir bebida o comida, momento en que el riesgo de transmisión del virus es mayor, entiende necesaria la medida que se pretende implantar, esto entendido respecto de los establecimientos y actividades en los que no ha sido autorizada la medida en cuestión. Por otra parte, considera incongruente que no se admita la medida respecto de establecimientos de aforo superior a cincuenta comensales, cuando en los autos de 3 de diciembre se aceptó. En fin, considera que la medida es proporcional por la gravedad de la situación actual y que la situación ha empeorado en los días posteriores en los que no se pudieron aplicar las medidas de prevención que quería implementar la autoridad sanitaria por ser cautelarmente suspendidas por la Sala.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de reposición interpuesto, dado que pretende restablecer la totalidad de las medidas restrictivas de derecho, con afección de derechos fundamentales, sin haber solicitado y obtenido la previa autorización judicial, conforme al artículo 10.8 de la LJCA.

La representación procesal de la entidad recurrente formuló también oposición al recurso de reposición interpuesto, alegando, en esencia, que no concurrían elementos que permitieran un triple juicio de proporcionalidad positivo. Negó la eficacia de la



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



medida en cuestión a los efectos pretendidos de contención de la transmisión del virus, y se manifestó en el sentido de la no necesidad y proporcionalidad de una medida que restringe derechos fundamentales, en lugar de afluir recursos a la sanidad para, precisamente, hacer frente al impacto de la enfermedad en la sociedad.

SEGUNDO.- Expuestas las posiciones de las partes en los términos expresados, cabe anticipar el desenlace desestimatorio de este recurso de reposición.

En primer lugar, siendo el contexto de las presentes actuaciones, el de la protección de los derechos fundamentales, y el de la tutela cautelar dentro de un procedimiento de esa naturaleza, como decimos tan especial, debiera tener presente la Administración que, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de procedimientos ordinarios, y como ya dijimos en el auto impugnado -si bien con tan poco efecto que nos obliga a recordarlo aquí-, el interés general que opera como parámetro de ponderación a la hora de valorar la proporcionalidad de las medidas adoptadas, se identifica con la defensa y preservación de los Derechos Fundamentales de las personas, e incumbe a la Administración dicha protección y es la primera obligada a realizar la ponderación que ahora realiza la Sala a petición del Ciudadano recurrente -conviene no olvidar este detalle-, antes de adoptar las medidas que a bien tenga.

La Sala no puede tomar en consideración el hecho que expresa la Administración en su escrito de recurso, cuando dice que la Administración y los colectivos -se entiende que representantes del sector del ocio y restauración- implicados, contemplan esta medida y correspondiente sacrificio de derechos fundamentales afectados de los que no son titulares, como medida preferible a otras que no implican tal sacrificio, pero que sí son de mayor coste económico para el ejercicio de las actividades afectadas, y de la economía en general, en definitiva, como, dice, "mal menor".

Para la Sala no es una opción el sacrificio de un Derecho Fundamental, insistimos, en los cauces procesales por los que discurre el debate judicial que se entabla, si son



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



posibles otras medidas que, siendo igualmente –o en mayor medida- idóneas y proporcionadas, no conllevan tal sacrificio. El juicio de necesidad es uno de los tres que ha de verificar la Sala en la ponderación necesaria para tener por justificado el sacrificio del Derecho Fundamental afectado en aras del interés que en el caso concreto se entienda más digno de protección. Y desde la perspectiva procesal –garantía de derechos fundamentales- en que nos hallamos, no será necesaria una medida restrictiva de un derecho fundamental, si hay otras que no lo son y tienen el mismo o mejor efecto, es decir, si son igualmente idóneas.

Y ponderación no es canje o intercambio de derechos fundamentales por otros intereses –de cuya legitimidad no se duda- por mero criterio de oportunidad o conveniencia parcial. No son canjeables, ni por la Administración, ni por colectivos sociales, siquiera sea porque ni aquélla ni estos –tampoco el Tribunal- son titulares de los mismos, ni depositarios de su ejercicio, ni en forma ni en tiempo. Nadie puede cambiar o negociar con lo que no es suyo.

Reiteramos que se pondera el beneficio que la medida tiene para, en este caso, la salud pública y, si es adecuada –idónea-, necesaria para el fin de salud pública que se persigue por no haber ninguna no lesiva o menos lesiva, y proporcionada al fin, se justifica el sacrificio del derecho fundamental –de mayor o menor intensidad- que la medida conlleva.

No es indiferente una medida lesiva de un derecho fundamental respecto de otra, a los efectos de una mejor situación o un preferente interés económico, más o menos general, más o menos parcial. La referencia en la ponderación para justificar la lesión del derecho fundamental afectado no es el impacto económico de la medida –que no se niega-, sino el impacto en la salud pública de la misma. No se cambia situación económica por sacrificio de derechos, al menos no ha sido ésta la ecuación hasta el momento, ni la Sala puede tomarla ahora como parámetro de ponderación.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



Para luchar contra la enfermedad en esta crisis, tal vez la Administración tenga la impresión de que puede salir más barato el sacrificio de un derecho fundamental, que otro tipo de medidas que no comprometen derechos de esta naturaleza, pero de lo que se trata, y lo que justifica a la postre la medida, es que ese sacrificio sea imprescindible para garantizar el fin de salud pública que la motiva, lo cual es diferente. En definitiva, ese sacrificio en pos del cumplimiento del deber que incumbe a la Administración de subvenir a la procura de la salud pública, debe ser su última ratio.

TERCERO.- Dicho lo anterior, ninguna argumentación novedosa, o que no hubiera sido tenida en cuenta previamente en la fundamentación de la resolución recurrida, es aportada ahora en el recurso de reposición que se resuelve.

Entiéndase bien que tal aseveración se realiza desde la premisa que efectuábamos al inicio del fundamento de derecho séptimo de nuestro auto de 17 de diciembre de 2021, ahora objeto de este recurso de reposición. La medida pretende garantizar, en lo posible –esta reserva siempre la ha tenido en cuenta la Sala- el ejercicio de determinadas actividades en condiciones de seguridad sanitaria “...al permitir conocer que todos los usuarios se encuentran, o bien vacunados, o bien limpios de virus al tiempo de acceder al establecimiento o de participar en la actividad de ocio, o evento de que se trate. (...) con independencia de su mayor o menor efectividad.”; es decir, “Permite saber que los participantes en una actividad “de riesgo” o están vacunados o no tienen presencia de virus en su organismo, sin dar, como dice la propia orden, garantía absoluta de seguridad, o de inexistencia de contagios.”. Ni más ni menos.

La Sala entendió proporcionada la medida para la visita a pacientes en hospitales y usuarios de centros sociales, por la seguridad de los pacientes y de los usuarios; en eventos multitudinarios y eventos sociales en establecimientos de restauración superiores a diez personas, porque ante una mayor interacción social, es razonable una mínima seguridad en el ejercicio de tales actividades, porque al menos podemos



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



saber que o se está vacunado –sólo eso- o, en ese momento, limpio de virus. Lo dijimos entonces y lo reiteramos ahora.

Desde esa perspectiva fundamental, no se estimó entonces, ni se estima ahora proporcionada la medida respecto del resto de establecimientos y actividades para los que no se autorizó, y debe mantenerse en tal decisión, por falta de alegaciones adicionales y novedosas sobre las realizadas por la Administración en su oposición a la medida adoptada entonces. Y ello sin perjuicio del esfuerzo pedagógico –que la Sala agradece- desplegado por la Administración en la explicación de datos epidemiológicos, que sin embargo no alcanza a acreditar el impacto de la práctica de determinadas actividades o la asistencia a determinados establecimientos, en la mayor incidencia acumulada del virus, que fue uno de los motivos que sustentó la suspensión de la eficacia de la medida en tales casos –gimnasios, cines, teatros...-, como tampoco la razón del incremento de los contagios en toda la Comunidad, más allá de la suspensión parcial por la Sala de la medida adoptada, motivo, cuando menos, de escaso rigor científico.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Jurisdiccional, procede imponer las costas del presente recurso a la Administración recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA desestimar el recurso de reposición interpuesto por la Letrada del Gobierno de Aragón, contra el auto de fecha 17 de diciembre de 2021, dictado en la presente pieza de medidas cautelares, imponiéndole las costas del mismo.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

22_01_18 AUTO TSJA CA (DF 864-21) RECURSO DE REPOSICIÓN CERTIFICADO COVID



La difusión del texto de este documento a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en este documento no podrán ser cedidos ni comunicados a terceros. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN